-قوانين الوقف في أوربا: دراسة مقارنة

إعداد

الأستاذ رضا العجمي

– سويسرا –

باريس في 2017/5/20

مقدمة

وانا بصدد التحضير لهذه المداخلة، اطلعت على بحث الد. محمد عبد الحليم عمر بعنوان نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة في العالم الغربي وهو بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف «الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية» بجامعة أم القري – مكة المكرمة فرايت بان الإضافة الوحيدة لعمله القيم هي تناول النموذجين الأكثر استعمالا وحضورا لإنشاء الأوقاف الغربية والغوص في تفاصلها عسى ان نرى مقدار الفائدة من استعمال هذه النظم للرفع من شان الوقف في أوروبا والعالم ككل.

ولا يخفى اليوم ان ظاهرة هجرة الأموال الوقفية من البلدان الإسلامية التقليدية نحو البلدان الأوروبية غير الإسلامية ليست بالهينة. واسبابها، مع الحرص على التنويه اننا لا ننفي بعض النجاحات هنا وهناك، بل نتناول الظاهرة في عمومها.

- سيطرة الدول بالبلدان الإسلامية عبر قوانين خاصة على الوقف، من الانشاء الى الإدارة الى التصرف في ثماره, مما افقد المجتمع المدني والافراد حرية الاختيار والابداع في سبل عمل الخير , شكلا ومضمونا
- سيطرة هواجس الامن والسياسة على فعل الدول, مما ضيق اكثر هامش الحرية
- ضعف أداء الهيئات الحكومية المسيطرة على حياة الأوقاف , مما زهد الناس في فعل الخير.
- نقص الثقة في أداء ونزاهة الهيئات الحكومية المسيطرة على الأوقاف
- بل أحيانا محاربة فكرة الأوقاف أصلا ومنع تكوينتها كما في تونس

بالمقابل, تتمتع المجتمعات الغربية بتنظمة قانونية مرتبطة بالحريات الأساسية الدستورية المحمية, والتي لا يمكن للدولة الاعتداء عليها, اتلا وهي

حرية نشاء الجمعيات والمؤسسات الاهلية

تطور حرية المساعدة للغير الة حق المساعدة للغير، وهو وجه لما نصطلح عليه في خلفنا الإسلامي بواجب إغاثة الملهوف

خضوع تأسيس الجمعيات والمؤسسات ذات العلاقة مع عمل الخير بحرية المؤسس بكسر السين. فلا ضوابط تقريبا غير تلك التي حددها القانون والمتعلقة بالحفاظ على الامن والسلم العام والصحة العامة والأخلاق العامة.
كما ترتبط حرية انشاء المؤسسات والجمعيات الخيرية بحرية الابداع، وحرية الفن والحرية الشخصية وغير ذلك من الحريات الأساسية التي لا يمكن للدولة الحد منها بدون توفر شروط صعبة تمر ختما عبر القانون والقضاء والتناسب والجدوى.

استطاعت الأنظمة القانونية اذا بالغرب بالحفاظ على الاطار العام المناسب لتشجيع الافراد والجماعات على فعل الخير بلا حدود تقريبا، دون تدخل الدول. واستعيض عن سياسة وضع اليد من الدولة على الأوقاف الخيرية بسياسة وضع الأطر المناسبة لممارسة هذا النشاط بحرية. وقد تمكنت الدول بذلك من تحقيق الأهداف التالية

تكريس مناخ الحرية وفتح باب الابداع في همل الخير. فالاطر القانونية المتاحة لا توفر سوى اطرا شكلية للعمل, بلا أي قيد على الأهداف والأفكار والمشاريع, مما موارد اقتصاد المجتمع المدني الخيري يفوق في بعض الدول اقتصاد الدولة.
التخلص من تبعات إدارة الأوقاف والسهر عليها وتوكيل الخواص بذلك بضوابط اكثر شفافية من تلك التي يمكن ان توفرها الدولة حتى سد عجز الدولة عن توفير الخدمات للمجتمع وعاصة في مجتا التعليم والخدمات الدينية والصحية والعلمية والفنية وغير ذلك من الميادين الحيوية

بفهم اكثر عمقا لاسباب هجرة الأوقاف من دار الإسلام المحكومة بدولة مهوسة بوضع البد على الأوقاف, الى دار الغرب الذي تخلص من عقدة الخوف من الحرية
لا مناص من التعمق في النماذج الأكثر شيوعا لانشاء الأوقاف لاوروبا, وهما على التوالي المؤسسات في ما يعرف باوروبا القارية والترست في أوروبا الانقلو ساكسونية, مع التنويه انه يمكن الان انشاء أي من هذه المؤسسات في أي بلد أوروبي بلا اية قيمة للحدود

الطبيعة القانونية للمؤسسة ,القانون السويسري نموذجا

التعريف

تعرف المؤسسة بكونها منشأة خاضعة للقانون الخاص. تعتبر من تطبيقات الحرية الشخصية ذات البعد الاجتماعي، تتلخص في تسخير مال او أصل محدد معلوم لتحقيق هدف معين وتتميز بتنظيم خاص طبق القانون.
ليس للمؤسسة أعضاء، كما هو الحال في الجمعية، ولا مالكين، كما هو الحال في الشركات التجارية، بل لها فقط مستفيدين. كما انها لا تتصرف ذاتيا بحرية، لكونها مقيدة بهدفها المعلن الذي لا يمكن تغييره، ونظامها المحدد الذي لا يجوز تحويره الا ضمن قانونها الأساسي وضمن مقتضيات القانون تحت اشراف سلطات رقابية عامة معلومة. وتتصرف في المال المخول لها من طرف المؤسسين لخدمة هدفها فقط.

عناصر المؤسسة

تهدف المؤسسة لتسخير أصول او أموال لغرض خدمة هدف محدد

يعتبر **هدف المؤسسة** قلبها النابض ونواتها الأساسية، بل روحها التي ترسم مهامها وتحدد المستفيدين من أنشطتها وثمرة عملها.

طبق مبدأ حرية المؤسس، بكسر السين، يتمتع هذا الأخير بحرية واسعة في تحديد هدف المؤسسة، ما لم يخالف مقتضيات احترام القانون والدين والعرف الاجتماعي. ويعتبر الهدف غير مقبول illicite ان خالف صريح النصوص القانونية او تلك غير المكتوبة منه والمعلومة بعرف او فقه قضاء او تطبيق سائد جرى اعتباره بحكم القانون الواجب الاتباع. كما لا يجوز اعتماد الهدف المخل بالأخلاق العامة المتعارف عليها داخل المجتمع والمتفق على اعتباره غير مقبول، وكذلك الشأن بالنسبة للغايات المخلة بشرائع الدين.

لا يعتمد فقط الهدف المعلن المكتوب للمؤسسة، بل يقع اعتبار أيضا إرادة المؤسس والهدف الحقيقي الذي يرمي اليه، ان كان بالإمكان التحري عنها لفهم الهدف. ويختص القضاء المدني بمهمة الفصل في مدى ملاءمة الهدف المراد خدمته من خلال المؤسسة للقانون والأخلاق والعرف والدين.

كما يحدد المؤسس **المستفيدين** من المؤسسة.

ولا يمكن اعتماد الهدف المستحيل وهو الذي لا يمكن تحقيقه موضوعيا وبشكل نهائي. غير ان سلطة اعتبار الهدف مستحيلا يجب ان تكون محدودة للغاية لفسح المجال لحرية الانسان للوصول الى الحدود القصوى من الابداع والعطاء والبناء، حتى ولو كان ذلك مرتبطا بمصلحة غير مباشرة للمستفيدين او كان يرمي لتسخير عقبات قد تحول دون التقدم في مجال ما من البحث العلمي او غير ذلك من المجالات الحساسة. وقد يكون الهدف صعب المنال في مرحلة ما، وتساهم المؤسسة في تذييل العقبات دونه. ولان المستحيل لا وجود له في قاموس المبدعين والمغامرين، وجب افساح المجال للحرية البشرية للمساهمة في بناء المجتمع حيث توجد بصمات الدولة وحيث لا توجد.

غير ان هذه الحرية محدودة بمبدأ عدم الاضرار بالغير، فان لم تحقق المؤسسة منفعة للناس، يجب في الحد الادنى الا تلحق الأذى بهم.

كما يمكن للاستحالة ان تبدو في الحد من دائرة المستفيدين بشروط تعجيزية بشكل يجعل المؤسسة حقيقة بلا فائدة.

ويشترط في الهدف ان يكون ممكنا ومحددا بالقدر الكافي. Suffisamment déterminé بما يسمح بتحقيقه وتنزيله في ارض الواقع عبر أنشطة المؤسسة. ويتطبق ذلك على دائرة المستفيدين التي يجب أيضا ان تحدد بالشكل الكافي أو ممكن التحديد. اما الهدف العام غير المحدد، كقول ان المؤسسة ترمي لخدمة المجتمع او خدمة الصالح العام او الأغراض الإنسانية، فلا يعتد به.

الهدف كمعيار لتصنيف المؤسسات

يمكن تصنيف المؤسسات بحسب الهدف الى مؤسسات عادية ومؤسسات خاصة كتلك العائلية او الدينية او المهنية.

وطبق مبدأ حرية المؤسس، يمكن لهذا الأخير ان يحدد للمؤسسة هدفا واحدا او عدة اهداف، ويمكن لهذه الأهداف ان تنضوي داخل مجال قانوني واحد ويمكن ان تتعلق بعديد المجالات المختلفة، فتوجد طبق ذلك مؤسسات بسيطة بهدف واحد او مركبة بعدة اهداف.

تعتبر المؤسسة بسيطة ان سعت لتحقيق هدف او أكثر تندرج كلها ضمن مجال واحد. وتحافظ على بساطتها ان رمت لتحقيق عدة اهداف ولكن بشكل متتابع وممتد في الزمن بشكل يجعل الجمع بينها في وقت واحد غير ممكن. وللمؤسس حرية تقدير ان حدثا معينا، كمرور بعض الوقت او وفاة شخص ما، يسبب تغييرا في هدف المؤسسة او تخليا عن الهدف الأول لصالح هدف اخر جديد مختلف كان قد وقع التنصيص عليه مسبقا عند التأسيس امام عدل الاشهاد. في هذه الحالة، وجب اعتبار ان المؤسسة الأولى قد حلت وان مؤسسة جديدة قد أنشأت طبق القانون والقانون الأساسي للمؤسسة.

وتعتبر المؤسسة مركبة mixteان رمت لتحقيق اهداف متعددة في وقت واحد، تمس من مجالات قانونية مختلفة. ولا يمكن رفض الأهداف المركبة من حيث المبدأ، وان احتاج قبولها الى تمعن أكثر عند التأسيس لمنع الالتباس والتناقض. ويمكن استقراء ما يلي في هذا الشأن:

- المؤسسات ذات الأهداف المتعددة المجتمعة cumulativesتتعلق بمجالات مختلفة كتوفير المعونة لطلاب عائلة محددة، الى جانب مساعدة غيرهم من الطلاب
- المؤسسات المنسجمةhomogènes التي تغطي أهدافها عدة مجالات مختلفة، كتلك النشطة في حقل الضمان الاجتماعي للعمال في مجال محدد كالحقل الديني، فيكون توفير الدعم الاجتماعي للائمة يصب في مجالين مختلفين ولكن متكاملين، هما الضمان الاجتماعي، للائمة العاملين في تغطية الحقل الديني.

المؤسسات الاقتصادية

تصنف المؤسسات كذات هدف الاقتصادي ان اسدت خدماتها للمستفيدين منها بدون خدمة مقابلة وبدون شروط. يقع تحديد دائرة المستفيدين في محضر الجلسة التأسيسية وفي االقانون الأساسي للمؤسسة، ويمكن ان يكونوا فقط قابلين للتحديد طبق إرادة المؤسس كما وقع اثباتها.

ويمكن للمؤسسة الاقتصادية ان تحمل صفة المؤسسة –الشركة، دون ان يكون ذلك شرطا ضروريا لتسجيلها fondation à caractère d'entreprise. في هذه الحالة، يمكن للمؤسسة ممارسة نشاط تجاري fondation-entrepriseاو مسك أسهم شركات تجارية fondation holdingفي شكل مؤسسات قابضة.

غير ان ممارسة العمل التجاري في هذه الحالة او مسك أسهم الشركات التجارية يجب ان يكون وسيلة لتحقيق هدفها المتعلق بالمصلحة العامة وليس غاية في حد ذاته، وذلك هو الخيط الفارق بين المؤسسة الشركة والمؤسسة القابضة وغيرها من الشركات التجارية المعروفة طبق القانون التجاري. فما دام الهدف الأول مثاليا، تبقى الوسيلة التجارية ممكنة ومقبولة اما ان تحول الهدف الأول للتجارة، فتنتفي الفائدة من شكل المؤسسة ونجد أنفسنا في حالة استغلال لشكل قانوني في غير محله المراد من المشرع. ويجدر الإشارة هنا ان فقهاء القانون مقسمون بين مجيز للمؤسسات الاقتصادية بلا اية تضييقيات، وذلك موقف المحكمة الفدرالية السويسرية، وبين مجيز لها في حدود ضيقة مفادها ان تكون الطبيعة الاقتصادية للمؤسسة ثانوية، وبين مانع لها بالكامل.

الأصول المسخرة للمؤسسة

نقصد بالأصول المسخرة للمؤسسة الأموال التي يتبرع بها المؤسس لتحقيق هدفها المحدد من قبله. ويجب ان تكون الأصول معلومة ومفصولة عن ثروة المؤسس وباقي ممتلكاته. ويمكن ان يتعلق الامر بعقارات او حقوق متعلقة بالعقارات او حقوق فكرية او شخصية او منقولات او أموال او سندات مالية وغير ذلك من صنوف الأموال المعروفة في العالم الحديث.

وقد اعتمد وقف سهم النور المفهوم الواسع للوقف عبر تحريره من الارتباط بأصل ثابت موقوف (عين) ليمكن مثلا ان يصبح أصلاً متداولاً (مبلغ مالي) مودع في محفظة استثمارية تراعي الاستثمار بطريقة آمنة ومحترفة وتضمن تنمية الإيرادات لتحقق شرط الواقف ويمكن اسناد ذمة مالية كاملة للمؤسسة بما في ذلك الأصول والخصوم والارباح والخسائر، بشرط ان تتجاوز الأصول الخصوم وتزيد الأرباح على الخسائر. وينطبق هذا الحال عند حل جمعية وتحويل ذمتها المالية لصالح مؤسسة جديدة.

ويمكن للأموال الموقوفة لصالح المؤسسة ان تكون محددة او قابلة موضوعيا للتحديد، ولا يشترط تحديدها برقم. يمكن على سبيل المثال إقرار مبدأ استفادة المؤسسة من ثلث التركة وذلك كافي.

قيمة الأصول اللازمة

لا يتعين على المؤسس تقديم مبلغ معين من المال، كما هو الحال في الشركات التجارية. ووفق مبدأ حرية المؤسس، يتمتع هذا الأخير بحق تحديد المبلغ اللازم لتحقيق الهدف الذي يرجوه ويريد ان يحبس لصالحه المال. قد يزيد المبلغ وقد ينقص بحسب القدرة المالية للمؤسس وبحسب الضرف. غير ان هذه السلطة التقديرية المتاحة لا تحول دون ضرورة اعتبار ان المال المحدد يجب ان يكون على الأقل متناسبا مع الهدف المعلن لاجتناب التعسف في استعمال هذه المنظومة القانونية ذات البعد الاجتماعي النبيل.

ويمكن القبول برأس مال محدود غير متناسب مع أهمية الهدف ان اثبت المؤسس انه سيزيد المبلغ بشكل يضمن فعالية المؤسسة. وينطبق ذلك على المؤسسات النشطة في حقل الضمان الاجتماعي التي تزيد الأموال المتاحة لها عبر الية المشاركة الفعالة للشرائح المستهدفة المستفيدة او عبر حملات التبرع المستقبلية او المساعدات التي ستتلقاها من الدولة، او عبر وصية من المؤسس. يمكن أيضا ان يتعلق الامر بالمؤسسات التي يتعين عليها انتظار استثمار رأس مالها المتاح حتى يزيد الى الحد الذي يسمح بتحقيق الهدف المحدد في نهاية المطاف. غير ان مجرد الامل في تقبل مال ما في المستقبل لا يكفي.

وفي حلالة ما إذا كان مال المؤسسة غير كافي لتحقيق هدفها، يمكن لسلطة الاشراف قبول تسجيلها او تأجيله لوقت يسمح للمؤسس بزيادة راس المال بالشكل الكافي. ان كان ذلك ممكنا يقع تسجيل المؤسسة وان تعذر ذلك، يكون تسجيلها هو المبدأ طبق مبدأ احترام الحرية الشخصية، وان استقر للسلطة المختصة القناعة باستحالة الوصول للهدف بالمبلغ المتاح، يصدر في ذلك قرارا إداريا يمكن الاعتراض عليه امام القضاء الإداري المختص.

استعمال المال المتاح

يستعمل المال لصالح دائرة المستفيدين المحددين. ويمكن للمؤسس إضافة اشخاص اخرين الى جانبهم كمستفيدين عرضيا، كشخص المؤسس او بعض أعضاء عائلته. « sonderrechete » Droits spéciaux. على ان قبول هذه الحقوق لا يمكن ان يكون سوى بشكل عرضي ويمكن تضييق هذه الحقوق الخاصة في الزمن وفي القدر، لكيلا تتحول المؤسسة لأداة لخدمة مصالح المؤسس الخاصة.

ويمكن ان ينص القانون الأساسي للمؤسسة، كما يمكن التنصيص عليها في عقد خاص بينها وبين أحد المتبرعين في شكل هبة مشروطة، على تسخير جزء من المال او ثروة محددة تفصل عن مال المؤسسة لخدمة هدف محدد مختار من ضمن اهداف المؤسسة المعلنة، او لتحقيق مشروع محدد. ويشبه الامر الأصول الخاصة او المؤسسات التابعة التي لا تتمتع بالشخصية المستقلة الاعتبارية، اذ ان إدارة المال موضوع الاتفاق يقع من طرف المؤسسة نفسها ويدخل في ذمتها المالية العامة.

الشكل

تتكون المؤسسة عبر محضر رسمي من كاتب العدل او عبر وصية، ويتم تسجيل المؤسسة في السجل الخاص بالمؤسسات يتم وفق محضر الانشاء او عبر توجيهات سلطة الاشراف على المؤسسات في حال تكونها عبر وصية. في هذه الحال تعين سلطة الاشراف أسماء المديرين التنفيذيين للمؤسسة، ويتعين على السلطة التي تعلم بوجود الوصية اعلام سلطة الاشراف على المؤسسات بوجود المؤسسة.

من طرف شخص طبيعي

يشترط في المؤسس ان يكون بالغا مميزا يتمتع بالأهلية اللازمة لإمضاء محضر انشاء المؤسسة وقانونها الأساسي. ويتحمل عدل الاشهاد المسؤولية القانونية للتثبت من هذه الشروط، ويقتضي ذلك حضور المؤسس شخصيا امامه بلا واسطة او تمثيل من الغير.

وعليه لا يمكن للمحجور عليه ان ينشئ المؤسسة، ولو كان ذلك عبر وليه الشرعي، وكذلك الشأن بالنسبة للقصر. غير ان هذا المنع لا يفهم على الاطلاق، اذ يمكن للفاقد للأهلية ترك وصية في ذلك، كما يمكن له طلب إقرار رغبته عبر القضاء الذي ينظر في مدى مطابقة رغبته مع امكانياته ومصلحته الخاصة، مع الاخذ بعين الاعتبار رغبته في المساهمة في الصالح العام، ويحق للورثة والدائنين المشاركة في الدعوى لكونهم اهل مصلحة في الاعتراض على تكوين المؤسسة والانقاص من ثروة المؤسس.

كما يجب ان يتمتع المؤسس بحق التصرف في المال الذي يزعم حبسه لصالح المشروع. ويجدر هنا على الخصوص التنويه لحقوق الزوجة او الأولاد' طبق احكام الزواج والطلاق او الشركاء طبق القانون التجاري. كما ان التصرف في المال عند الوفاة عبر الوصية لا يمكن ان يتجاوز الثلث كما هو معلوم، ولا يجوز للمتوفي التصرف فيما زاد عن ذلك، والراجع لحقوق الورثة.

من طرف شخص اعتباري

ان تعلق الامر بمؤسس ذو شخصية اعتبارية، كالشركة والجمعية، وجب ان يصدر عن ادارتها المختصة قرارا في ذلك ينص على التأسيس، وعلى الفئة المستفيدة ومقدار المال المحبوس لصالح المؤسسة المزمع انشاؤها. وجب هنا احترام القانون الأساسي للشخص الاعتباري وكذلك مقتضيات القانون المتعلقة به. كما يجب ان يكون المجلس المتخذ لقرار التأسيس مخولا بفعل ذلك. وفي حالة انعدام التفويض الكافي، لا يحق للمجلس إلزام الشخص الاعتباري بهذا الالتزام الا في حالة عجز عدل الاشهاد او عدم قدرته الموضوعية على كشف عدم الاختصاص. وينطبق الامر على المستفيد من المؤسسة، اذ يشترط أيضا عدم قدرته او عجزه الموضوعي على معرفة كون المجلس المتخذ لقرار الانشاء غير مخول بذلك ولا صلاحيات له في الامر.

الشروط الشكلية

يحتاج انشاء المؤسسة لمحضر تأسيس يصيغه عدل الاشهاد، وكذلك التسجيل في سجل خاص بالمؤسسات طبق القانون.

محضر التأسيس Acte de fondation

يعتبر محضر التأسيس الخطوة الأساسية التي تنشأ بموجبها المؤسسة. اما النظام الأساسي، والذي يصاغ عادة في نفس وقت كتابة محضر التأسيس، فهو تبع له وليس عملا مستقلا او ذو أهمية قانونية اصلية. ولا يمكن صياغة محضر التأسيس الا من كاتب العدل المخول قانونا بصياغة العقود الرسمية ذات الأهمية، كالعقود المتعلقة بالعقارات وعقود الزواج وغيرها. ويمكن لكاتب العدل صياغة النظام الأساسي للمؤسسة ولوائحها الداخلية ان أراد المؤسس ذلك، والتي تمضي مع محضر التأسيس في نفس الوقت.

في حالة انشاء المؤسسة عبر آلية الوصية، تكون هذه الأخيرة بمثابة محضر التأسيس وتتولى سلطة الإشراف صياغة النظام الأساسي واللوائح اللازمة لاحترام إرادة المؤسس، ثم تقوم بتسجيل كل ذلك في السجل الرسمي للمؤسسات.

الطبيعة القانونية

يعتبر محضر التأسيس بمثابة التعبير عن إرادة المؤسس المنفردة بإنشاء المؤسسة. ولا تحتاج هذه الإرادة الى قبول، سواء اثناء حياته او بعد وفاته من أي كان. ولا ينفي ذلك **اجتماع عدة ارادات من عدة اشخاص على انشاء المؤسسة**. كما لا ينفي اشتراط القبول ان أراد المؤسس او المؤسسون ذلك، من طرف المستفيد او المستفيدين من المؤسسة.

ويختلف الفقهاء في تصنيف محضر التأسيس، بين واصف له بعقد تصرف acte de disposition واخرين يصفونه بعقد التزام acte générateur d'obligations. ولعله من الاجدى اعتباره **عقد التزام يقتضي امضاؤه تصرفا**.

يفسر محضر التأسيس طبق **مبدأ الإرادة** principe de la volonté ' أي وفق الإرادة الحقيقية للمؤسس. يمكن لفهم ذلك اللجوء الى كتابات أخرى له او حتى سماع شهود او أي وسيلة أخرى من وسائل الاثبات المشروعة.

في حالة ما إذا أوصى المؤسس بعطاء لمجموعة من الأشخاص غير المنظمين او المنضوين ضمن شخص اعتباري، كالوصية مثلا لفقراء مدينة كذا او ايتام قرية كذا، وجب انشاء مؤسسة تحمل ذات الهدف ليمكن ان تسلم اليها المبلغ الموصى به. ويتم ذلك بإشراف ورقابة سلطة الاشراف لضمان تحقق إرادة الموصي المؤسس. وتعتبر الحالة من قبل الفرضيات القانونية التي توجب انشاء المؤسسة حتى ولو لم يوصي الموصي بذلك صراحة، لكون التبرع للفئة المعينة لا يمكن ان يقع امضاؤه وانفاذه دون الانشاء للمؤسسة.

الشكل

بين الاحياء، وجب كما سلف ذكره ان يتم التأسيس عبر محضر تأسيس يكتبه عدل اشهاد او عبر وصية. ويمكن اثبات إرادة المؤسس عبر محضر مكتوب من طرف عدل اشهاد أجنبي، مع التعريف بإمضائه لدى السلطات القنصلية السويسرية وفق مقتضيات القانون الدولي الخاص والاتفاقات الدولية ذات الصلة. ويعتبر هذا التسهيل بالغ الأهمية. غير ان محضر التأسيس بالخارج لا يمكن ان يتعلق بعقار او حقوق متعلقة بعقار موجود على التراب السويسري، اذ لا مناص عندها من كتابة محضر التأسيس من طرف عدل اشهاد داخل سويسرا.

كما يمكن كتابة محضر التأسيس عبر أي كاتب عدل مخول في كامل سويسرا، دون اعتبار لمكان تواجد الشرائح المستهدفة من التأسيس واتساع او ضيق دائرة المستفيدين.

في حالة الوصية، يكون من واجب اية سلطة تعلم برغبة المتوفي انشاء مؤسسة ان تعلم السلطة الاشراف المختصة. كما يجب على الأشخاص الطبيعيين المالكين للمعلومة تبليغها وتحويل الوصية بذلك لسلطة الاشراف على المؤسسات، واخفاء الوصية او اتلافها يعرض للعقوبة الجنائية. وتبلغ سلطة الاشراف حتى في حالة اعتراض الورثة، ويقع تعليق مسألة تسجيل المؤسسة الى حين بت القضاء المخول بالأمر.

ويحتوي محضر التأسيس على أمور ضرورية وأخرى تكميلية.

الامور الضرورية ثلاث: إرادة التأسيس للمؤسسة، هدف المؤسسة والأصول المسخرة للمؤسسة. ان تعلق الامر بتأسيس عبر الوصية، يمكن لهذه المعطيات ان تستسقى من الوصية ذاتها او عدة وصايا. غير انه يشترط تجمع العناصر الثلاث في نفس المحضر ان تعلق الامر بتأسيس بين احياء.

الى جانب هذه المعلومات الأساسية الواجب توفرها، هناك بعض التفاصيل الأخرى التي لا يمكن اعتبارها الا إذا وقع تضمينها في محضر التأسيس، مثل حق المؤسس في تغيير هدف المؤسسة في وقت لاحق، او إضافة لوائح عمل داخلية للمؤسسة او مدتها، وشروط حل او تغيير المؤسسة وكيفية التصرف في المال المتاح عند الحل او إمكانية ان تؤسس المؤسسة اشخاص اعتباريين.

كما ان محضر التأسيس يمكن ان يحتوي على معلومات أخرى قد تكون مهمة في عيني المؤسس كاسم المؤسسة ومقرها الرسمي. وفي كل الأحوال يشترط موافقة سلطة الاشراف على محضر التأسيس وعلى النظام الأساسي واللوائح الداخلية ان وجدت عند التأسيس، لكي تعتبر المؤسسة قائمة كشخص اعتباري مؤهل قانونا. ويتم ذلك عبر آلية عمل بين كاتبي العدل والسلطة المختصة، يفترض فيها السرعة والبساطة لاجتناب تعقد الإجراءات. وان تعلق الامر بمحضر مكتوب من كاتب عدل أجنبي، يتحتم على المؤسس القيام بذلك، او انابة محامي او كاتب عدل سويسري لإكمال الإجراءات على المستوى السويسري.

تسجيل المؤسسة

النظام

طبق **مبدأ الزامية التسجيل** للحصول على الشخصية الاعتبارية للمؤسسة، يجب إتمام تسجيلها بالسجل المعين من القانون لاستكمال الانشاء لها. الاستثناء الوحيد لذلك هي المؤسسات المنشأة بموجب الوصية الصحيحة، حيث تصبح سلطة الاشراف ملزمة بإنشاء المؤسسة طبق إرادة الموصي ويتحول حينها التسجيل الى الطابع الدعائي لا الانشائي.
ويملك مجلس أمناء المؤسسة الناشئة حق طلب التسجيل ولا يملك المؤسس هذا الحق، اذ يتعين عليه فقط تحديد مجلس الأمناء او تعيينهم ليقوموا بالمهمة عنه، وهي اول خطوات التفرقة الشكلية بين شخص المؤسس وكيان المؤسسة المزمع انشاؤها وفقا لإرادة المؤسس.

واجبات آمر سجل المؤسسات

يتعاون عدل الاشهاد مع السجل التجاري. ويراقب آمر السجل احترام مقتضيات القانون ويسهر على استجابة محضر التأسيس للقانون، والشأن نفسه بالنسبة للقانون الأساسي المعد للمؤسسة.
يسهر آمر السجل في المقام الأول على احترام **الإجراءات الشكلية للتأسيس،** ويتمتع في هذا المجال بسلطة رقابة كاملة وممتدة. ومن المهام التي يجب عليه الرقابة في شانها توفر عنوان للمؤسسة قيد الانشاء، واعلام السلطة المختصة الترابية التي سيكون لها الاشراف على المؤسسة، والتحقق من شخصية المؤسسين ومن قدرتهم على الفعل وتوفر الأوراق الثبوتية اللازمة للملف.
فيما يخص الرقابة على الشروط المادية للتسجيل، تكون سلطة الاشراف ذات الاختصاص محدودة. من ناحية أولى تقتصر رقابتها على احترام مقتضيات القانون النافذ والواجب احترامه كتلك التي تقضي بحماية الغير وصيانة المصلحة العامة، إذا تضاربت مع المصلحة الخاصة المراد خدمتها. ومن ناحية ثانية، لا يمكن لسلطة الاشراف رفض التسجيل الا في حال ضبطها لخرق واضح لا يقبل التأويل للقانون. تقتصر الرقابة إذا على التأكد من احترام النقاط الأساسية لمحضر التأسيس، التأكد من صدقية المعلومات المقدمة وخلو الملف من أي عامل من عوامل البطلان المتعلقة بإرادة المؤسس. فمن المهم ان تكون المؤسسة تعبيرا صادقا وواضحا لإرادة المؤسس الحرة والواعية، كما من المهم ان يكون الهدف مشروعا وموافقا لمقتضيات الأعراف الاجتماعية والدين والنظام العام.
عند الحاجة، يمكن لسلطة التسجيل الاستعانة بسلطة الرقابة والاشراف على المؤسسات للتأكد من مشروعية هدف ما او من صدقية بعض المعلومات المستشكلة، هذا على فرضية ان سلطة التسجيل تختلف عن سلطة الاشراف، وهو خيار معتمد في كثير من الدول كسويسرا. يفترض هذا النظام ان يكون بإمكان سلطة الاشراف معرفة مشاريع التأسيس لكي تستطيع ابداء الراي فيها، ويفترض أيضا ان يكون للعموم إمكانية اللجوء اليها لمعرفة رأيها بشكل استباقي لاجتناب التعقيدات واضاعة الوقت امام سلطات التسجيل. وقد

يرفق المؤسس شهادة من سلطة الاشراف تفيد اطلاعها على هدف المؤسسة قيد الانشاء وشهادتها بكون الهدف متناسب مع مقتضيات القانون ولا يتعارض مع المصلحة العامة.

والراي لدى فقهاء القانون ان تتحول إمكانية استشارة سلطة الاشراف الى واجب، لاجتناب الفوضى وسوء التوظيف. غير ان سلطة التسجيل يجب ان استشارة سلطة الاشراف لا تعني بتاتا اشتراط موافقتها على التأسيس، بل فقط امكانية اعتراضها في اجل محدد على الهدف المراد خدمته لكي يتسنى تغييره بالشكل المقبول، وفي حال غياب رد مكتوب من قبلها في التاريخ المحدد بالقانون، تفترض سلطة التسجيل بان سلطة الاشراف لا تعترض على مشروع التأسيس وتمضي قدما في الإجراءات.

وفي كل الأحوال يقع تحديد سلطة الاشراف نهائيا بعد تحقق تسجيل المؤسسة، لكي يتيسر لها البدا في انشطتها وعدم التعثر لأسباب إدارية بحتة. ولا يمكن اشتراط موافقة سلطة الاشراف على التسجيل الا في الحالات المذكورة أعلاه، مع تسهيل تعامل المواطنين المباشر معها لتحضير الهدف بالشكل المقبول. كما ان على سلطة الاشراف تحويل الملف او الاستشارة القبلية للسلطة المختصة، الجهوية او الفدرالية، في حال تبين لها عدم اختصاصها، وذلك في نفس المهلة المحددة للاعتراض.

آثار التأسيس

يترتب عن تسجيل المؤسسة اثرا تأسيسيا انشائيا لشخصيتها الاعتبارية الكاملة.

إذا طرأ على التسجيل خطأ او نقص، يمكن اعتبار التغييرات الواجب ادخالها ذات إثر اصلاحي، بدون ان يمس من الوجود القانوني للمؤسسة الجديدة، وذلك لان الخطأ الذي مر بدون ان تتفطن اليه سلطة التسجيل، وربما أيضا سلطة الاشراف، يجب ان لا يصادر حق العموم في اعتبار انشاء المؤسسة بعد اعلامه عبر النشر بالجريدة الرسمية.

كمال الانشاء

يختلف الحال من الانشاء بين الاحياء او عبر وصية بعد الموت.

اما المؤسسة التي وقع انشاؤها بين الاحياء فإنها تتمتع بالشخصية القانونية مع تسجيلها بالسجل التجاري. بعض المدارس الحديثة، كالمدرسة السويسرية، تستثني المؤسسات ذات الصبغة العائلية والدينية من هذا المبدأ بإعفائها من واجب التسجيل.

اما المؤسسة الموقوفة على موت المؤسس، فلا تحتاج من حيث المبدأ الى التسجيل لإمكانية التراجع عنها قبل الموت من الواهب المؤسس، وهي من قبيل الوصية لكونها مشروطة بموت المؤسس وعدم تراجع هذا الأخير عنها قبل موته. وعليه، لا يمكن اعتبار المؤسسات الموقوفة على موت المؤسس ذات شخصية اعتبارية، لان هذه الصفة موقوفة على عدم قدرة المؤسس على التراجع عن التأسيس، وذلك متاح فقط بموته، وبين الاحياء، بتسجيل المؤسسة ونشر ذلك بالرائد الرسمي.

التراجع عن تأسيس مؤسسة بين الاحياء

يمكن للمؤسس بقرار احادي التراجع عن تأسيس المؤسسة قبل تسجيلها بالسجل الرسمي للمؤسسات. فان وقع صياغة محضر التأسيس لدى كاتب عدل سويسري او أجنبي، ولم يقع بعد تسجيل الكيان الجديد بالسجل الرسمي، ولو كان بين العملين وقتا طويلا، يمكن للمؤسس التراجع عن التأسيس. يتفق هذا الراي مع مبدأ حرية المؤسس والمساواة بين كل أنواع المؤسسات بين الاحياء.

شخصية المؤسسة القائمة بفعل الوصية بعد الموت

هناك رايان في المسألة:

الراي الأول على ان المؤسسة تكتسب الشخصية الاعتبارية المشروطة بموت الموصي المؤسس ;وهي شبيهة بشخصية الجنين الذي يكتسب الشخصية الطبيعية المشروطة بولادته حيا. في هذه الحالة، تمتلك المؤسسة آليا المال او العين المحددة من المتوفي. ويكون تسجيل المؤسسة بالسجل الرسمي للمؤسسات ذو أثر انشائي effet constitutif. ما ان يقع التسجيل حتى تتملك المؤسسة ما اسند لها بفعل رجعي من اول يوم افتتاح التركة. مساوئ هذا الراي انه يفتح الباب لإمكانية التلاعب بأملاك المتوفي بشكل قد يستحيل معه احترام ارادته بإنشاء المؤسسة، وذلك عبر تعمد عدم تسجيل المؤسسة او تسجيلها بعد وقت طويل يكفي لاستحالة المواصلة في المشروع.

الراي الثاني على ان المؤسسة تكتسب الشخصية القانونية آليا بوفاة المؤسس الموصي، وان التسجيل ذو طابع دعائي لا غير effet déclaratif. وهذا الراي يعتد به لكونه الأمثل لاحترام إرادة الموصي ولتجنب تدخل الورثة بشكل قد يجعل بقاء الجزء الموصى به للمؤسسة متاحا. كما انه يحترم مبدأ المساواة بين المؤسس الحي والمؤسس المتوفي، لكون هذا الأخير سيكون متأكدا من احترام ارادته بعد موته، كما هو الحال مع الحي الذي سيكون قادرا بنفسه على التأكد من ذلك.

حقوق الورثة والدائنين

يمكن للورثة والدائنين التظلم، قياسا على احكام الهبة، ضد إرادة الموصي بإنشاء المؤسسة.

للورثة والدائنين حق اعتبار الوصية لصالح المؤسسة كهبة يمكن ان تمس من حقوقهم. ويتعلق الحق براس المال المتاح للمؤسسة من مال المؤسس، ولا تمتد لغير ذلك من الأموال او المهام.

ولا تتعلق الدعوى ضد المؤسسة بطلب ابطالها annulation, ولكن برجوع الأموال التي اسندت لها، كلها او بعضها، الى ذمة المؤسس، بحسب امتداد حقوقهم المشروعة القانونية او التعاقدية. قد يكون الهدف إذا من الدعوى تقليص المبلغ المتاح للمؤسسة او تغيير جزئي في هدفها بحسب المال المتبقي بعد استيفاء حقوق الورثة والدائنين.

وتختلف هذه الدعوى عن تلك التي ترمي لإبطال المؤسسة بين الاحياء من حيث المبدأ لعدم تمتع الموصي مثلا بالأهلية او القدرة اللازمة على اتخاذ القرار الحر عند مرض الموت او غير ذلك من أسباب البطلان المتعلقة بالإرادة.

وتتعلق هذه الدعوة بحق الورثة المحتملين او الدائنين التظلم لدى القضاء عند تأسيس المؤسسة بين الاحياء. وتطبق احكام الميراث فيما يخص الوصية بإنشاء المؤسسة كالمعتاد.

غير ان إمكانية التظلم لا تكون ممكنة الا إذا كانت المؤسسة من قبل الهبة، فان تعلق الامر مثلا بواجب أخلاقي او التزام معين تجاه عمال مؤسسة ما، فلا يمكن اللجوء للقضاء لإبطال العطاء للمؤسسة.

وهذا لا يعني كون كل احكام الهبة تطبق بالقياس على احكام المؤسسة. فالمؤسس مثلا لا يستطيع التراجع عن عطائه بعد انشاء المؤسسة، بعكس الواهب، الى غير ذلك من الاحكام الخاصة.

كما يجدر التنويه الى ان انشاء المؤسسة ليس من قبيل الهبة بالمعنى القانوني للكلمة. وهنا تكمن الحاجة لفصل خاص بالمؤسسات لكي يستطيع الورثة ارجاع الأموال او العقارات المحبوسة على المؤسسة الى التركة شانها شان الهبات غير المنسجمة مع تعهدات المتوفي او تلك التي يستطيع هذا الأخير التراجع عنها بحرية وكذلك تلك التي وقع امضاؤها في الفترة الأخيرة من حياته. يمكن إذا للورثة المطالبة بإرجاع الأموال المخصصة للمؤسسة ان تجاوزت حقوقهم المعلومة.

اما الدائنون فالأمر يتعلق أيضا بحقهم في أولوية استخلاص الديون قبل التبرع سواء في الظروف العادية، ان كانت المعطيات تشير الى الامكانية الموضوعية في المس من حقوقهم، او في ظروف التفليس، حيث يصبح الامر اوكد.

يحدد محضر التأسيس أجهزة المؤسسة وطريقة تسييرها الإداري

وفق مبدأ حرية المؤسس، ات فائدة في تحديد شكل او اسم الأجهزة الحاكمة لهمل المؤسسة، وان كان الشكل المتعارف عليه اليوم يشمل مجلسا للأمناء وإدارة تنفيذية ومراقبا ماليا داخليا او خارجيا.

ولا يتعارض مبدأ حرية المؤسس مع ضمان حد أدني من الإدارة الرشيدة التي يمكن لسلط الاشراف على المؤسسات بالكانتونات وبالإدارة الفدرالية إلزام المؤسسات بها. ويمكن لها وضع نماذج جاهزة للقوانين الأساسية statuts على ذمة المهتمين لمساعدتهم على وضع إدارة ونظام كافي للمؤسسة.

وتبدو ضرورة وضع حد أدني من النظام مهم للغاية خاصة مع تطور ظاهرة المؤسسات ذات الهدف الاقتصادي التي يمكن ان تتصرف في أموال قد تفوق ميزانية بعض الدول كمؤسسة **بيل وميليندا غيتس** Bill & Melinda Gates Foundation .

السلطة العليا للمؤسسة

التكوين

تتكون السلطة العليا للمؤسسة من شخص واحد على الاقل او أكثر. ويمكن لشخص اعتباري ان يضطلع بالمهمة عبر شخص ممثل له ومختار من قبله وفقا لقانونه الأساسي.

وعادة ما يتكون مجلس المؤسسة، او مجلس أمناء المؤسسة من الأشخاص الذين اختارهم المؤسس، ثم يقع تجديده وفق آلية واضحة ومبينة بالقانون الأساسي للمؤسسة. قد يكون ذلك عبر التعيينcooptation او عبر وضع جسم انتخابي.

ويمكن ان تنشا علاقة تعاقدية بين المؤسسة واحد أعضاء ادارتها، وعادة ما يكون هذا العضو ملزم شخصيا بالعمل لصالح المؤسسة، بلا امكانية تفويض لغيره للقيام بالعمل محله. وفي حال عدم وجود قواعد قانونية خاصة بكيفية إدارة المؤسسة، يمكن اللجوء لقانون الجمعيات لتطبيقه عبر آلية القياس.

ويمكن للمشرع اجبار المؤسسين على شكل معين من الإدارة وعلى مثال واحد للقانون الأساسي، غير ان لذلك آثاره السلبية الحتمية على حرية الابداع وضرورة التطور والبحث عن اشكال أكثر ملاءمة للأفكار الجديدة والهموم المستحدثة. والى ذلك ذهب المشرع السويسري.

في كل الأحوال، يجب ان يقع تسجيل كل أسماء أعضاء مجلس المؤسسة في السجل التجاري ويقع نشر أسمائهم في المجلة الرسمية، كما يقع ذلك بالنسبة للجمعيات.

وكون المؤسس يستطيع ان يحدد أعضاء مجلس المؤسسة لا يحد من حق هذا المجلس من اسقاط صفة العضوية عمن عينه المؤسس ان اقتضت مصلحة المؤسسة ذلك وان وجدت الأسباب الوجيهة لفعل ذلك.

المهام

على عكس الجمعية التي تتمتع بسلطة حقيقية لاتخاذ القرار عبر جمعيتها العمومية المتكونة من الأعضاء، يبقى مجلس المؤسسة مجرد مجلس تنفيذي organe d'exécution يتوجب عليه أساسا السهر على استعمال مال المؤسسة وفق هدفها المعلن.

وباستثناء ضرورة احترام مقتضيات المحاسبة الدقيقة، لا يمكن التفصيل في مهام مجلس المؤسسة الذي يقتصر على ما تضمنه القانون الأساسي ومحضر التأسيس.

كما ان مجلس المؤسسة، كسلطة عليا لها، تتكفل بضمان تمثيل المؤسسة امام السلطات والغير. كما يتكفل بضمان الإدارة العادية لصالح المؤسسة actes de gestion courante وكذلك كل ما ييسر استثمار أموالها والوصول الى مستفيديها.

تمثيل المؤسسة

مجلس المؤسسة جزء منها وليس إدارة خارجية عنها. ويمكن له ان يمثلها ويمضي العقود والالتزامات باسمها. وحتى ان تجاوز مجلس المؤسسة صلاحياته، فان المؤسسة تبقى ملزمة باحترام قراراته، الا إذا قيدت صلاحيات المجلس في القانون الأساسي المعلن او وصل لعلم الغير المعني وجود تلك القيود على اتخاذ القرار.

ويمكن لمجلس المؤسسة تفويض بعض او كل صلاحياته لاحد اعضائه او لهيئات مهنية مختصة، في إطار هدف المؤسسة، كاللجوء لشركات مختصة لاستثمار أموالها. ويمكن للقانون الأساسي تقييد التفويض، كما ان التفويض لا ينفي المسؤولية الكاملة لمجلس المؤسسة عن الاعمال المفوضة الا إذا حد القانون الأساسي من مسؤوليتهم في الاختيار للهيئة او الشخص المفوض له. كما ان هناك اختصاصات لا تقبل التفويض كتلك المتعلقة بحل المؤسسة او تعيين مراجعها المالي.

التصرف العادي

يندرج التصرف العادي ضمن الواجبات العامة للسلطة العليا للمؤسسة devoirs généraux, بالنظر للهدف المعلن ولأهمية الممتلكات كما وكيفا. ويشمل ذلك كتابة تقرير سنوي عن انشطة المؤسسة Rapport de gestion واعتماد حسابات دقيقة والتواصل مع السلطات وخاصة سلطة الاشراف والضرائب, وكذلك الوصول للمستفيدين. كما يشمل التصرف العادي اللقاءات الدورية لمجلس المؤسسة وامضاء العقود اللازمة كعقود البيع والايجار والخدمات وقبض المال وصرفه وملاحقة المدينين لاستخلاص حقوق المؤسسة واللجوء للقضاء ان لزم الامر, كما يشمل السهر على تجنيب المؤسسة المصاريف المشطة وغير الضرورية وانشاء قواعد بيانات بأملاك المؤسسة ومقتنياتها inventaires , ويكون مجلس المؤسسة احرص على عذا العمل ان تعلق هدفها بحفظ مقتنيات تاريخية او فنية , ويجب على سلطة الاشراف الزام المؤسسة من وقت تأسيسها بضبط المقتنيات الفنية والتاريخية , وليس بعد السنة الأولى للنشاط عند النظر في التقارير السنوية .

كما يندرج ضمن مهام مجلس المؤسسة ضمان حفظ عقود ملكية المؤسسة وسنداتها المالية ووثائقها المهمة ووضعها ان اقتضى الامر في مكان آمن.

استثمار الأموال

يندرج استثمار أموال المؤسسة بغرض حفظها او جني الأرباح الازمة لأنشطتها ضمن تصرفات مجلس المؤسسة. ويمكن استعمال المال المتاح باي شكل قانوني مشروع يتيح الربح الكافي لتحقيق الهدف المنشود. ويمكن للمؤسس بكسر السين في هذا الشأن الحد من حرية مجلس المؤسسة بوضع شروط او مقاييس ومعايير معينة, أخلاقية او دينية او مهنية, استثمار أموال المؤسسة. كما يمكن له توسيع الحرية المتاحة او وضع طرق مبتكرة للاستثمار والتشجيع على المبادرة حتى ولو زادت نسبة المخاطرة. غير انه لا يمكن القبول باي تصرف يمكن ان يضع المؤسسة في خطر او يمكن ان ينجر عنه ضياع أموالها أو اصولها أو حقوقها او ربما وجودها أصلا. فالمتاجرة بالبورصة مثلا والاستثمار في الأسهم عالية المخاطر لا ينسجم مع الطبيعة القانونية للمؤسسة placements spéculatifs , كما ان الاستثمار بلا عائد او مصلحة غير مقبول placement du bon père de famille .

وعليه, في حال عدم وجود قواعد خاصة موضوعية من المؤسس, يجب على مجلس المؤسسة التصرف بشكل آمن وحذر واحترام قواعد التصرف السليم العامة كمبدأ الربح والأمان والسيولة والتوزيع المقبول للمخاطر والشفافية وعدم تضارب المصالح والحفاظ على راس المالوغير ذلك من المبادئ المعلومة في المجال principes de rendement, de sécurité, de la liquidité, de la répartition appropriée des risques, de la tranparence et du maintien de la substance du patrimoine de la fondation :

الأجرة

المبدأ العام ينص على ان أعضاء المؤسسة الرامية للمصلحة العامة يعملون بشكل تطوعي ولا يتقاضون اجرة عن جهودهم. غير ان ذلك لا يتناقض مع امكانية دفع المصاريف او تقاضي ثمن الخدمات الخاصة والمهنية. فيمكن مثلا للقانون الأساسي للمؤسسة او نظامها الداخلي ان يجعل لأعضاء المؤسسة او بعض منهم مقابلا ماديا لخدماتهم، يقع تحديده بحسب الجهد ونوعية الخدمات والوقت والتجربة, مع الاخذ بعين الاعتبار المقدرة المالية للمؤسسة. غير انه لا يمكن قبول مشاركة أعضاء المجلس في أرباح المؤسسة، في شكل نسبة مئوية او غير ذلك.

المسؤولية المدنية

المسؤولية المدنية تجاه الغير

الاعمال غير المشروعة من طرف مجلس المؤسسة التي تسبب ضررا للغير تنسب للمؤسسة, وذلك ان توفرت شروط المسؤولية المدنية وتصرفت سلط المؤسسة داخل اختصاصها.

المسؤولية الشخصية لمجلس المؤسسة تجاه الغير

لا تنفي مسؤولية المؤسسة المسؤولية الشخصية والمبدئية لمجلس المؤسسة ان توفرت شروطها, فيكون مجلس المؤسسة مسؤولا متضامنا مع المؤسسة تجاه الغير الذي لحقه الضرر من الاعمال اللاقانونية, ولا يمكن ذلك ان تعلق الامر بنتائج لعلاقات تعاقدية, اذ تنحصر المسؤولية عندها على المؤسسة فقط

مسؤولية مجلس المؤسسة تجاه المؤسسة

تتحدد العلاقة بين مجلس المؤسسة والمؤسسة بحسب مقتضيات العقود المبرمة بينهما. تكون المسؤولية تعاقدية ان وقع الاخلال بمقتضيات العقد المبرم, ويقتضي ذلك وجود ضرر وعلاقة سببية بين الضرر والعمل الخاطئ او الاخلال بالعقد. ويمكن ان تجتمع المسؤولية التعاقدية مع المسؤولية المدنية في العلاقة بين مجلس المؤسسة والمؤسسة.

ويلزم أعضاء مجلس المؤسسة بواجب بذل الجهد الكافي obligation de moyen دون الالتزام بتحقيق النتائج obligation de résultats . ويقع تحديد نوعية الجهد المبذول بحسب شروط موضوعية وصعوبة المهام الموكلة وواقع الحال والوقت المتاح. كما يؤخذ بعين الاعتبار ان كتن أعضاء المجلس متبرعين بوقتهم او مهنيين يتقاضون اجرة عن خدماتهم.

ويمكن للمؤسس ان يعفي أعضاء مجلس المؤسسة من المسؤولية في حال الخطأ البسيط faute légère , ويتضامن أعضاء المجلس فيما بينهم للتعويض عن الضرر في حال رفع دعوى بالتعويض من طرف المؤسسة. كما يمكن لسلطة الاشراف، ان رات بان دعوى المسؤولية واجبة الرفع لدى القضاء, توجيه أوامر بذلك للمؤسسة, فان تقاعست, يمكن لها تعيين مأمور قضائي يمثل المؤسسة ويرفع الدعوى باسمها ضد المجلس.

المحاسبات

تلزم المؤسسة باتباع قواعد المحاسبة القانونية في نشاطاتها, وان كانت المؤسسة تشغل مؤسسة تجارية لبلوغ هدفها, فهي تخضع لمقتضيات قانون الشركات فيما يخص كتفة أنشطتها المالية comptablité commerciale . ان لم يكن للمؤسسة نشاط تجاري، يمكن لها الاقتصار على محاسبات كافية تعكس مصاريف ومداخيل وارباح السنة بوضوح وفق مبدأtrue and fair view ووفق مبادئ المحاسبة العالمية IFRS

سلطة الرقابة المالية

يتوجب على المؤسسة ان تعين مراقبا ماليا. وجود هذا الجهاز لا غنى عنها بعمل المؤسسة لمان نزاهتها ومصداقيتها وشفافيتها ومزيد اكتساب الثقة في أدائها لتحقيق المصلحة العامة المرجوة. كما ان ذلك ضمان لتواصل دعم المتبرعين لاهداف المؤسسة. وتنطبق عادة نفس قواعد القانون التجاري الخاص بالشركات في هذا الشأن. ويشمل عمل المراجع المالي النظر في شروط التاهيل والاستقلالية و المهام الموكلة لسلط المؤسسة.

امتداد المراجعة

تقع عملية المراجعة من طرف مراجع خارجي معتمد ومعترف به من الدولة, يتمتع بالاستقلالية لكي يستطيع أداء مهامه المناطة به.

قد يقتصر عمل المراجع على التأكد من احترام المؤسسة في حساباتها للقانون عموما ولقانونها الأساسي بشكل خاص في شكل مراقبة محدودة review, وقد تمتد الرقابة لكافة الأنشطة والحسابات لتشكل مراجعة عادية كتلك التي تتعلق بالشركات التجارية ان كتن للمؤسسة نشاط تجاري مسخر لتحقيق أهدافها المعلنة.

الطبيعة القانونية لمؤسسة الترسب الانجلوسكسونية

انها النوع الثاني للمؤسسات المؤهلة كشكل قانوني قادر على استيعام اعمق ما يمكن للوقف الإسلامي ان يقدمه للإنسانية.

ومؤسسة الترست Trust البريطانية هن من أعرق وأهم الأفكار القانونية التي أتت أُكلها داخل وخارج بريطانيا . وهي لينةٌ بقدر يسمح باستعمالها في كل الشؤون سهلها ومعقدها .

والترست , مفخرة المدرسة الانقلوسكسونته بلا منازع يمكن تشبيهه بالثوب المفصل على المقاس لاية فكرة او حاجة. بينما توصف المؤسسة ,كما عرفناها , بالثوب الجاهز.

مسحة تاريخية لازمة

أصل الترست يرجع إلى زمان الحروب الصليبية لما كان فرسان الصليب الذين يذهبون إلى الأرض المقدسة يسلمون ممتلكاتهم لرجل ثقه Trustee المكلف بإدارتها حسب توجيهات الفارس التي يعطيها له قبل ذهابه لحرب الكفار. كان عمل رجل الثقة يتمثل في جميع المحصولات وشراء وبيع المعدات اللازمة وضمان معيشة زوجة الفارس وتنظيم وإدارة وتسليم الميراث وضمان عدم تجزئته في حالة موت الفارس في الحرب المقدسة .تطورت الترست بعد ذلك ليكون عامل تجميع للثروات التي ساهمت بشكل أساسي في النهضة الصناعية بالقرن الثامن عشر.

تعريف الترست

يفترق القانون الانجلوسكسوني بين الملكية القانونية legal ownership والملكية equitable ownership. الملكية القانونية تخول لصاحبها القدرة على إدارة الأملاك والتصرف فيها بحرية بينما تقتصر الملكية الإقتصادية على السلطة في التصرف في الريع والمرابيح واستعمال الأملاك .ويقوم الترست على هذا التعريف الخاص بالملكية لدى البريطانين وهو تعريف مختلف عن ذلك الموجود بالمدرسة القارية (الإوروبية) القانونية والمعروفة خاصة بفرنسا وألمانيا وغيرها .

ليس الترست بالعقد لكونه قائما على إرادة المؤسسين وحده وليس بالشركة لكونه يعمل على خدمة المستفيدين وليس المؤسسين ولخلوه من المساهمين إنه آليه قانونية مرنة وهو حتى مع مزاياه المتعددة لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية يعرف بكونه آليه ثلاثيه الإضلع كما سيأتي بيانه .وفي قرار scott أقر القاضي mayo بأنه لا تعريف للترست وفي 1985/7/1 لم يعط رجال القانون الذين صاغوا

إتفاقية لاهاي المتعلقة بتطبيقات الترست الدولية تعريف خاصا للترست غير أنها في فصلها الثاني حددت صلاحيتها وامتداد تطبيقها على العلاقات القانونية الناشئة عن إرادة شخص بمقتضى وصية أو عقد بين أحياء أو أموات لما بعد الموت إذا كانت الممتلكات قد وضعت تحت تصرف مستأمن لصالح مستفيد أو لصالح هدف .

أما الفقه القانوني الانجلوسكسوني فيعرف الترست بوصفه واجبا ملقى على عاتق المستأمن لصالح شخص بمقتضى العدالة equity. والترست يعني لغة بالإنجليزية الثقة ، ومن ينشئ الترست يضع آلية تُوكّل شخصاً أوهيئة إدارة ل أو بعض ممتلكاته لصالح الغير ويقتضى الوكالة بحق للمستأمن مسك الملكية والتصرف فيها بمقتضى كاتب الوكالة Trust deed الذي يمكنه تحويل المنشئ Settler حق إلغاء الترست أو عزل المستأمن وتغييره أو حتى استخدام حق الفيتو في ما يخص طرق استثمار الأموال غير المراقبين الماليين مثلاً Protector .

ملخص العلاقة القانونية

يقرّر المُنشئ للتراست The Settler تكليف أمين ذو ثقة ويسمى Trustee بمهمة الحفاظ وإدارة جزء من ممتلكاته لصالح مستفيد أو مستفيدين Beneficiary والترست ليس عقداً ، إذ انه يقوم بإدارة المنشئ وحده ، وليس شركة إذا لا مساهمين فيه بل مستفيدين ، وعليه فإنه لا يتمتع بالشخصية القانونية ، بل هو مجرد علاقة ثلاثية الأضلع بين المنشئ والأمين أو المستأمن والمستفيد.
أضيف، بأن المستفيد ليس بالضرورة شخصا مختلفاً عن المنشئ ويمكن أن يكون المستأمن هو نفسه المنشئ كما يمكن أن يكون المستأمن هو نفسه المستفيد . ويختلف الترست في ذلك عن المؤسسة.

- يُعين المنشئ Settler المستفيد الذي يمكن أن يكون هو عينه أو أي شخص طبيعي أو إعتباري (شركة ، تركة ، وغيره) ، و هذا المستفيد يمكن أن يكون ببريطانيا كما يمكن أن يكون أجنبياً ، و لضمان حسن عمل المستأمن يلجأ المنشئ إلى تعين شخص رابع للعلاقة وهو المراقب Protector وهو إما شخص طبيعي أو إعتباري مهمته مراقبة المستأمن Trustee . وهكذا فإن المنشئ المؤسس هو نفسه من يعين المستأمن والمراقب (Trustee +Protector) عادة ما يكون المستأمن Trustee شركة متخصصة في إدارة المؤتمنات العقارية والمالية Trust Company
- يحدد المنشئ Settler مدة الترست ، ويمكن أن يكون ممتداً على مدة طويلة الأجل كما يمكن أن يكون غير محدود

اركان الترست :

- إرادة واضحة : لما يقرر المنشئ أن يجعل جزءاً من ممتلكاته تحت تصرف المؤتمن فلا بد أن تكون إرادته في الغاية من ذلك واضحة بيّنة .
- مستفيد معين : في حال وقف سهم النور ليس عندنا مستفيدين من قِبل الاشخاص الطبيعين بل عندنا أموال وربما عقارات توقف لصالح هدف ديني . وعليه وجب الكلام ولو بشكل وجيز عن ما يسمى Charitable Trusts ويمكن تلخيصها في الآتي :

1) Trusts for the relief of Poverty أي المؤسسات المكافحة للفقر

2) Trusts for the advancement of religion أي المؤسسات الخادمة والداعمة لأهداف دينية

3) Trusts for the advancement of education أو المؤسسات الداعمة لأهداف تربوية.

4) Trusts to benefit the public أو المؤسسات ذات المصلحة العامة .

وكل هذه الأصناف تدخل تحت مسمى الوقف الإسلامي.

يتميز الترست الخادم لأهداف دينية بأنه ينشأ لأجل غير محدود **Perpetuity** ويتمتع بنظام ضريبي جيد بخلاف غيره من أنواع الترست التي تستعمل في عالم المال والتجارة ولتنظيم الارث وغيره ، فالترست الديني **لايدفع ضرائب على الدخل** .

ويجب تفسير غاية الترست والتنصيص عليه في قانون الإنشاء ثم الكتابة لإدارة الضرائب للحصول خطياً على الاعفاء .

وكل الاموال والعقارات التي وضعت داخل الترست توضع بدون آجال ، وعليه فالمنشئ لا يمكنه التراجع في إدارته فكل مايمكن أن يفعله هو وضع هدف الترست الواضح .

- تحديد الاموال التي توضع تحت تصرف المستأمن يجب أن تكون الاموال معلومة ومحددة .

وبهذه الاركان الثلاثة يتم إنشاء الترست أو يصلح على تسميته Express Trust وهو مختلف عن Implied Trust أو غير المباشر وهو لا يهمنا في موضوع بحثنا .

أساس التراست :

يقوم الترست على الثقة الممنوحة والمقبولة و رجل الثقة المستأمن Trustee مطالب بأن يحترم إرادة المؤسسين للترست والتي يعبر عنها قانون الترست الرابط للأضلع الثلاث (Settler+ Trustee +Beneficiary)

و رجل الثقة مطالب قانونيا باحترام الثقة الموضوعة فيه وعدم استغلالها لمصلحته الشخصية كما هو مطالبة باحترام إرادة المؤسسة وبذل الجهد والوسع لغاية إفادة المستفيد أو الهدف المحدد من الترست .

ويخضع **الترستي** للقانون البريطاني إذا كانت الأموال والعقارات ببريطانيا .ولايهم مكان إقامة **الترستي** سواء داخل أو خارج البلد .

- في حالة Charitable Trust المستفيدين على الاطلاق بل هدف محدد واضح .
- يشتغل الترست وكأنه يملك الشخصية الاعتبارية فأملاكه محمّية ومنفصلة عن ملكية الترستي وهي خاصة فقط للاتفاق والممضي بين المؤسسة Settler والترستي لصالح المستفيدين أو الهدف المحدد .
- يمكن للترستي Trustee أن يكون شخصا واحدا أو مجموعة أشخاص طبيعيين ، ويمكن كذلك أن يكون شخصا اعتباريا واحد أو عدة أشخاص اعتباريين (شركة أوجمعية إلخ ..) ويكون للترستي سلطة إدارية وقدرة على التصرف في أموال الترست لغرض

تحقيق الهدف المحدد سلفا للمستفيد إذا كان شخصا وأن يحمي مصالحه من تصرفات المتصرفين إن لزم الأمر ، كما يمكنه حماية حقوقه من غير المتصرفين كدائنيهم مثلا أو أفراد عائلاتهم . وهناك إمكانية لجعل أموال الترست غير قابلة للمصادرة في حالة تعرض الترستي أو غيره لمشاكل مالية وهو ما يعرف اصطلاحاً بSpendthrift Trust. وهو نوع من الترست مسموح به في بعض البلدان وممنوع في أخرى يسمح بحجر مصادرة أو لمس رأس مال الترست وريعه لحمايته من دائني المستفيد . ويجب التفكير في هذا الامر عند انشاء الترست والتثبت من الامكانية لدى الجهة المختصة بإنشاء الترست.

- يتمتع المؤسس Settler بحرية كبيرة في ما يخص تنظيم آلية عمل الترست ، ولكن ما إن يقع إنشاء الترست يفقد الستلر من صلاحياته ولا يحتفظ إلا باليسير من القدرة على التأثير، يجدر الإشارة هنا أن الترست معترف به عالمياً وذلك إثر إتفاقية لاهاي الخاصة بتطبيقات الترست عبر العالم . وهذه الاتفاقية دخلت حيز التنفيذ مثلا بسويسرا في 1/7/2007 .
- حقوق المستفيد Beneficiary

المستأمن مكلف من طرف المؤسس بالتصرف في ممتلكات الترست لفائدة المستفيدين ، وعليه فمن واجب المستأمن Trustee أن يعرف ويحسن التصرف في أموال الترست ويقع على عاتقه واجب المحافظة على أموال الترست وواجب استثمارها بحسب قانون الترست .

- إذا أخطأ الترستي فإنه مسؤول عن الخسائر اللاحقة بالترست ويجب عليه اللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالح الترست في أي نزاع مع الدائنين وغيرهم ، ويجب على المستأمن أن يكون وفيا وحذراً . كما يجب عليه أن يقوم بواجب الإدارة شخصياً ولا يحق له الإنابة عنه إلا إذا كانت المصلحة محفوظة في حسن الإدارة ، ولايحق له الإنابة العامة عنه .

- لإدارة الترست في حال تعدد المستأمنيين Trustee(s) فإن قاعدة الأغلبية هي المعمول بها في Charitable Trust أو Public Trust بينما تشترط قاعدة الاجماع في Private Trust بين كل المستأمنين .
- وعليه فإن المستأمن من واجبه :
  - ✓ اعلام المستفيدين ومدة تفاصيل الحسابات عند الطلب.
  - ✓ السماح للمستفيد بالرقابة والوصول إلى حسابات الترست للتدقيق .
  - ✓ واجب استثمار أموال الترست .

و في حالة تضارب مصلحتي المستأمن والمستفيد تُطبق قاعدة منع أي استفادة شخصية لصالح المستأمن .

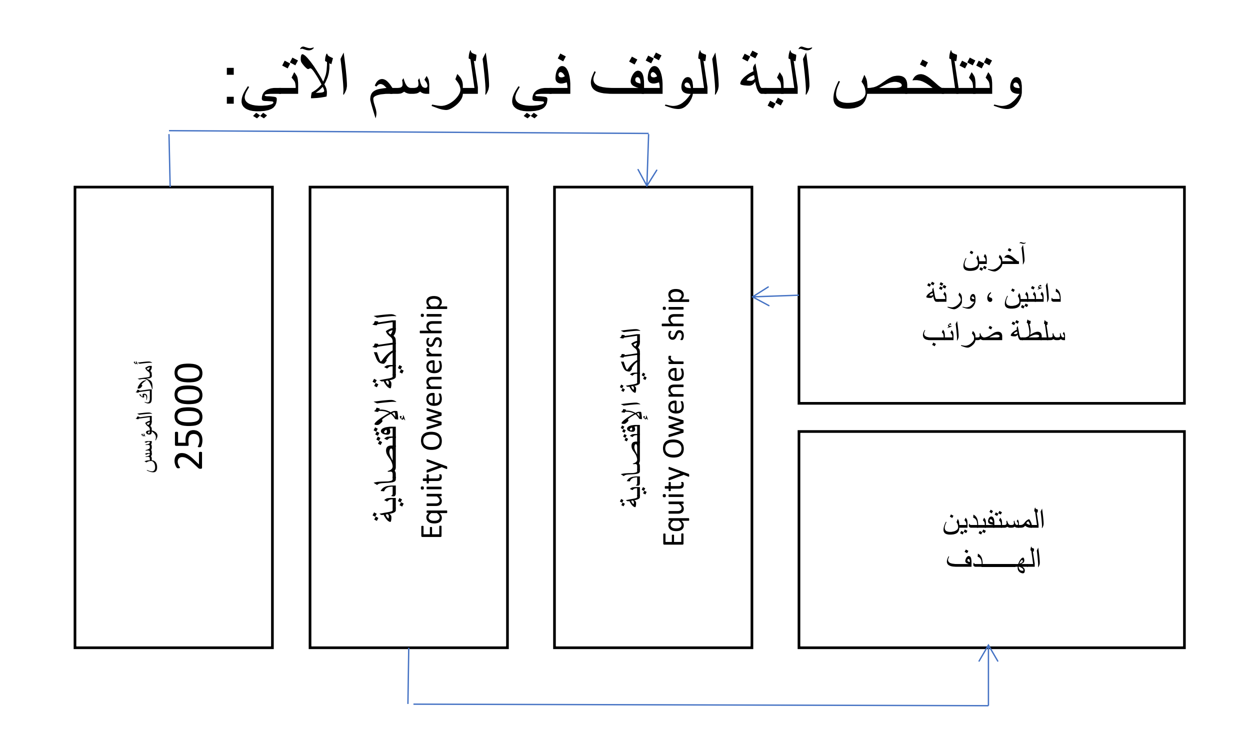
- ✓ واجب إحترام إتفاق الترست المكتوب ونشير إلى أملاك الترست تتحمل وحدها مسؤولية إدارتها وليس المستفيد مسؤولا عنها .

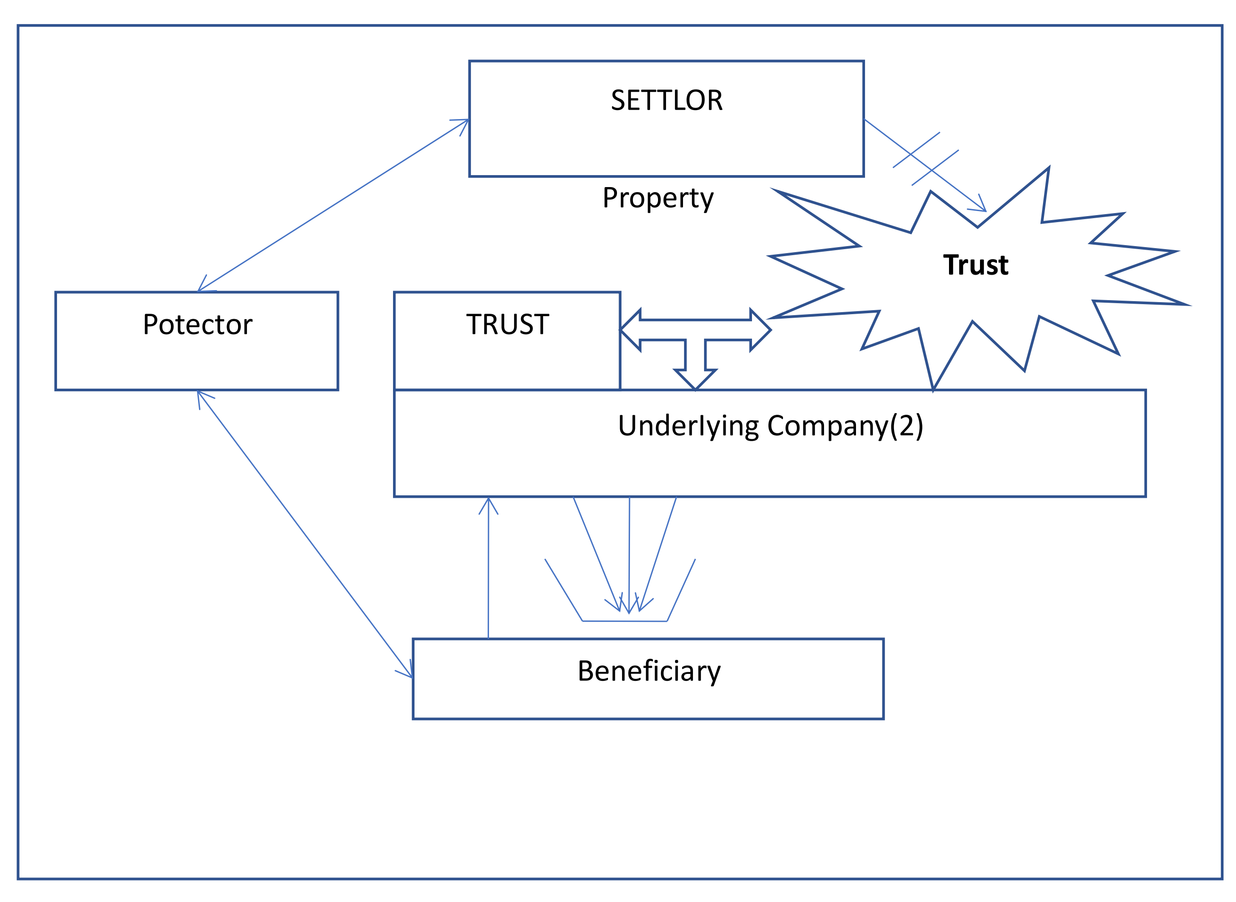
وإذا أخطأ المستأمن في الإدارة فإن ممتلكاته الشخصية يمكن أن تستعمل لدفع الضرر الحاصل للترست ، علما بأن ذمة المستأمن منفصلة تماما عن ذمة الترست .

قانوناً يمكن للمستفيد أن ينهي صلاحيات المستأمن في بعض الحالات . ويلجأ الناس لضمان عدم خسران الممتلكات في الترست إلى تأسيسه في شكل Protection Trust طبق الفصل Section 33 لقانون الترست === Trustee Act 325

ويعني ذلك اشتراط حق المستفيد بعدم حدوث عارض سالب للإستفادة ، أي أنه إذا تعرض للتفليس مثلا فإن الترست ينتهي آليا فيعجز الدائنون على وضع أيديهم عليه لدفع ديون المستفيد . ويتمتع الترست بالاستقرار إذ أنه كآلية يتضمن سبل تواصله ولا يمكن بأية حال للمستأمن أن يتخلص من مسؤولية الترست .

وعلى مستوى الفعالية الاقتصادية يصنف الترست كشكل متطور للشركات القابضة Holding Company بمعنى التملك عبر شركة قابضة لرووس أموال أو أسهم في شركات أخرى فهو كآلية مرنة يصلح لإدارة الملكيات الكبيرة لصلاحيته في التكيف مع الوضعيات .





1-بدون شخصية إعتبارية قانونية .

2-شخصية اعتبارية مثل الترست وتحل معضلة عدم التمتع بالشخصية الاعتبارية إنشاء هذا الكيان مفيد في البلدان القاريةالأروبية وغيرها.

دور السلطات التنفيذية

(**1**) لا تتدخل السلطات الرسمية في كيفية إدارة الأموال أما حمايتها فيتم عبر محكمة العدالة Tribunal of equity وعبر آلية الترست الذي يقع وضع ملامحها الأساسية في عقد أو مكتوب الأنشاء Trust deed كما تتم الحماية من خلال تعيين مراقب Protection أو وضع صلاحيات للمؤسس Settler وكذلك للمستفيد Beneficiary

غير ان السلطات تضمن استقلالية القضاء وتجبر المستأمن Trustee على ضمان حسن التصرف والوفاء وعدم الخيانة .ويمكن حتى عبر Trust deed ضمان حق عزل المستأمن وتعويضه من قبل المستفيد أو المؤسس علماً بأن المؤسس يمكن أن يكون هو نفسه المستفيد .

(**2**) يتمتع الترست بحرية جمع التبرعات من داخل وخارج بريطانيا بكل الوسائل المتاحة بما فيها الإلكترونية .الضابط الوحيد هو احترام قوانين مكافحة تبيض العملة أي مكافحة الجريمة وعدم السماح لأموال الرشوة والرقيق الأبيض من دخول الأسواق المالية.

(**3**) الحرية الاقتصادية مضمونة داخل بريطانيا وكذلك داخل دول الوحدة الأوروبية ،يمكن أيضاَ اعتبار سويسرا ضمن هذه الدائرة . في حال الاستثمار خارج أوروبا يجب اعتماد أراء القانونين المتخصصين من أهل البلد .

(**4**) إنشاء الترست Charity يمتعه الاعفاء الضريبي غير أنه يجب طلب إقرار كتابي من الدولة بالإعفاء .

(**5**)يكون من الإجدى انشاء Underlying company لتكون أداة عمل الترست ولسان حال الترستي كما يلي:

الخلاصه

من خلال العرض لتفاصيل الانشاء التتسيير والرقابة على تهم آليات انشاء الأوقاف بالمعنى الإسلامي المتعارف عليه لدى عموم المسلمين بمخالف مدارسهم الفقهية , يمكن الخلوص للاستنتاجات التالية:

- ان الاشكال القانونية المتاحة ترتكز في أصولها القانونية والدستورية للحريات الأساسية ذات الطابع الدستوري , المرتبطة عضويا بدولة القانون ومفهوم المؤسسات, مما يكسبها دواما واستقرارا
- ان انشاء الأوقاف خاضع لمبدأ حرية المؤسس والمنشئ, مما يضمن احترام ادبيات واخلاقيات الوقف الإسلامي المحمي بالحرية الدينية وحرية الاعتقاد
- ان الدولة لا تمارس رقابة مباشرة على المؤسسات والترست, بل تخضع كالمؤسسات التجارية والجمعيات لرقابة ذاتية ورقابة خارجية تزيد وتنقص بحسب رغبة المؤسس واهمية الأموال المحبوسة لخدمة الغرض الوقفي
- ان رقابة الدولة تقتصر على احترام القانون الجنائي والتجاري وجمع الضرائب من الجميع بلا تمييز, علما ام المؤسسات والترست ذات الطبيعة الدينية او الرامية لتحقيق المنفعة العامة يمككن ان تتمتع بالإعفاء الضريبي.

- ان رقابة الهيئات الرسمية ك Charity commission او سلطة الاشراف على المؤسسات السويسرية تقتصر على الحرص على احترام الهدف المعلن ووصول المنفعة للمستفيدين, ولا تتدخل ابدا في تفاصيل عمل الوقف او نشاطاته.

يبقى ان ننوه الى ان المناخ السياسي ومن ثمة القانوني مرشح للتغير نحو مزيد من الضغط على الحريات وانشطة الجالية المسلمة بأوروبا. نشهد ذلك الان بأشكال شتى منها صعوبة, واحيانا, استحالة فتح حسابات بنكية للاوقاف الجديدة, وتشدد في معضم الأوقات غير مبرر في بعض البلدان في الرقابة المالية على الأوقاف الإسلامية القائمة , وذلك مرتبط بموجة العداء للإسلام والمسلمين وتفشي ظاهرة الإرهاب العابر للقارات الذي ارتبط للأسف بمنتسبين للاسلام. غير ان ذلك لم يضرب في العمق المؤسسات القائمة، وان كان صعب انشاء المؤسسات الجديدة, لارتباط المنظومات القانونية كما ذكرنا بالحريات الأساسية الشديدة الحماية بالغرب.

أرجوا بهذا الجهد المتواضع أن أكون قد وفقت على الأقل إلى أن أوفرلكم المعلومات اللازمة للتفكير , سائلا الله تعالى أن يبارك في جهودكم ودمتم طيبين معافين دنيا ودين والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الإستاذ رضا العجمي.